

Convegno

I principi che hanno ispirato il legislatore nella stesura del “nuovo codice dei contratti pubblici” e la procedura attuativa

SOMMARIO

Premessa

1. I principi che hanno ispirato il legislatore nella stesura del “nuovo codice dei contratti pubblici”
 - 1.1. Il decreto legislativo 50 del 2016: nuovo codice dei contratti pubblici
2. La procedura attuativa del “codice dei contratti pubblici”
3. Linee guida: nuova fonte del diritto nell’ordinamento italiano
4. Linee guida vincolanti adottate dal MIT
 - 5.1. Decreto previsto dall’art. 111 del “codice dei contratti pubblici” relativo all’attività del direttore dei lavori e del direttore dell’esecuzione dei contratti di servizi e forniture
5. Linee guida vincolanti adottate dall’ANAC
 - 5.1. Linee guida relative a "Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell’Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici
6. Linee guida non vincolanti adottate dall’ANAC
 - 6.1. Le linee guida sull’offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV)
7. Decreti ministeriali attuativi del “codice dei contratti pubblici”
 - 7.1. Decreto previsto dall’art. 24 del “codice dei contratti pubblici” relativo ai requisiti delle forme organizzative dei progettisti
8. Conclusioni

Allegato: Sinottica atti attuativi di competenza MIT e di competenza ANAC

Premessa

Il presente contributo intende offrire un **quadro di sintesi dei principi** che hanno ispirato il legislatore nella stesura del decreto legislativo n. 50 del 2016 intitolato “Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture” e definito gergalmente “**nuovo codice dei contratti pubblici**”.

Esso intende, inoltre, evidenziare come la **procedura attuativa del tutto nuova** prevista da tale provvedimento, nell’ottica di semplificazione del sistema, abbia dato avvio ad un un processo di progressiva erosione della sfera della regolazione autoritativa, formale e costituzionale, **in favore di strumenti di normazione flessibile, atipica e concertata**.

Nel codice degli appalti è stato assegnato allo strumento delle **linee guida**, proprio in quanto più agile del regolamento, un compito strategico ed essenziale nella definizione delle disciplina normativa secondaria. È stata, infatti, riservata alle linee guida la disciplina di aspetti determinanti del regime normativo delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, sicché si impone una loro **qualificazione giuridica** alla quale consegue l’identificazione del modello di fonte al quale devono essere ascritte.

La scelta della legge delega di superare il modello del regolamento esecutivo ed attuativo costituisce, pertanto, una scelta **politica di flessibilità** rispetto ad un modello di iper-regolazione di dettaglio.

1. I principi che hanno ispirato il legislatore nella stesura del “nuovo codice dei contratti pubblici”

Il Parlamento, dopo ampia discussione durata **un anno e mezzo** (senza precedenti per una legge delega del genere), all'avvicinarsi del termine dato dalle direttive agli Stati membri per la loro attuazione (18 aprile 2016), ha approvato la **legge delega n. 11 del 28 gennaio 2016**¹.

Si tratta di una legge delega particolarmente lunga e dettagliata, composta da **72 principi e criteri direttivi** (rispetto ai quattro della delega n. 62/2005)².

L'approvazione “tardiva” della legge delega n. 11/2016 ha messo a dura prova il **legislatore delegato** per la necessità di definire il testo finale in un brevissimo lasso di tempo ed, entro poche settimane successive, concludere il conseguente procedimento di consultazione sulla bozza di decreto delegato in **Parlamento, Conferenza unificata, Consiglio di Stato**.

La legge delega n. 11/2016 rileva per **due** principali aspetti.

In primo luogo, ha offerto al Governo l'alternativa tra un modello semplificato di recepimento delle direttive seguito dal riordino complessivo della disciplina vigente per i contratti pubblici ed il **modello di intervento unitario sia per l'attuazione delle direttive che per il riordino**³.

Opportunamente, il legislatore delegato ha utilizzato il **secondo modello**, adottando **un unico decreto** e, così, evitando il sovrapporsi temporaneo di più normative, fonte di incertezze interpretative e di blocco delle procedure contrattuali (di vitale importanza per l'economia nazionale, come si sa).

In secondo luogo, ha previsto l'**abrogazione del Regolamento n. 207/2010**, sostituito da nuove forme di disciplina attuativa del tutto nuove.

Alcuni dei **principi della delega** sono particolarmente **innovativi** e, una volta che il codice sarà corretto e completato con gli atti attuativi, dovrebbero assicurare una maggiore capacità delle stazioni appaltanti di gestire la fase di gara e di esecuzione in modo efficiente, trasparente, tempestivo, efficace, e una maggiore qualità degli operatori economici.

¹ L. 28/01/2016, n. 11 recante Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, Pubblicata nella Gazz. Uff. 29 gennaio 2016, n. 23.

² Il Consiglio di Stato, nel parere 1° aprile 2016, n. 855 reso sul nuovo Codice dei contratti pubblici, ha individuato **72** principi e criteri direttivi.

³ L'art. 1, comma 1, della L. 28/01/2016, n. 11 prevede che “Il Governo è delegato ad adottare, **entro il 18 aprile 2016, un decreto legislativo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, rispettivamente sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, di seguito denominato «decreto di recepimento delle direttive», nonché, entro il 31 luglio 2016, un decreto legislativo per il riordino complessivo della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di seguito denominato «decreto di riordino», ferma restando la facoltà per il Governo di adottare entro il 18 aprile 2016 un unico decreto legislativo per le materie di cui al presente alinea, nel rispetto dei principi e criteri direttivi generali di cui all'articolo 32 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, e dei seguenti principi e criteri direttivi specifici, tenendo conto delle migliori pratiche adottate in altri Paesi dell'Unione europea”.**

Mi riferisco, in particolare, ai principi di delega relativi:

- alla **qualificazione** delle centrali di committenza;
- ai **commissari di gara esterni** iscritti in un albo gestito dall'ANAC;
- alla **completa informatizzazione** delle procedure;
- alla **qualificazione degli operatori economici** nel cui ambito viene incluso il rating di impresa affidato a criteri reputazionali.

E, ancora, ai principi:

- sulla **separazione** tra chi progetta ed esegue i lavori,
- sulla **tassatività delle varianti** in fase di esecuzione,
- sulla **eccezionalità** dell'aggiudicazione con il criterio del **prezzo più basso**.

La legge delega e il codice hanno avuto di mira non solo gli **obiettivi di efficienza e trasparenza**, ma anche quelli di **sostenibilità ambientale, sociale e occupazionale**.

Di qui una serie di regole volte a favorire la **partecipazione delle micro, piccole e medie imprese**, o gli **appalti riservati a determinate categorie di operatori**: abbiamo perciò regole sulla suddivisione obbligatoria degli appalti in lotti, sugli appalti di servizi sociali, sugli appalti sotto soglia.

Tra i principi richiamati merita senz'altro un'attenzione particolare la disciplina della **qualifica delle stazioni appaltanti** che senza dubbio rende questo codice "nuovo" per l'arretratezza del sistema amministrativo italiano. Si è introdotto un principio essenziale, secondo il quale gestire una procedura di appalto non è un compito amministrativo indifferenziato, che può essere eseguito, appunto, da qualsiasi amministrazione pubblica solo per la sua natura di amministrazione pubblica, ma è, invece, una **funzione specializzata** che richiede il possesso di specifici requisiti. Fra questi, innanzitutto, lo sviluppo di una cultura non solo giuridica, ma anche professionale, economica e tecnica, misurata e calibrata sulle dimensioni delle gare e sulla qualità e natura dei beni o delle prestazioni da acquisire o delle opere da realizzare.

Le stazioni appaltanti, per qualificarsi, dovranno essere in grado di mostrare la loro **capacità di programmare** le proprie esigenze, di definire progetti, di individuare le **specifiche tecniche**, di determinare e poi verificare la **qualità delle prestazioni** e di controllare l'**esecuzione**, elemento fondamentale per assicurare il buon esito della gara non solo sul piano procedurale, ma sul piano sostanziale.

Si tratta, ove fosse realizzata, come ritengono gli studiosi (TORCHIA) di una **vera e propria riforma amministrativa**, entro la quale potrebbe anche ipotizzarsi una possibile specializzazione delle stazioni appaltanti, che potranno operare non solo per se stesse ma anche per altre amministrazioni non qualificate o dotate di altra specializzazione, dimostrando così appunto di essere capaci, come gli operatori, di "**stare sul mercato**".

Si moltiplicano anche le regole e le tipologie di **procedure di gara**, il che richiede **maggiori competenze in capo alle stazioni appaltanti**.

Le nuove norme attribuiscono **maggiore discrezionalità e capacità di scelta alle amministrazioni pubbliche**, evitando il ricorso a regole dettagliate e favorendo la riduzione delle stazioni appaltanti, attraverso l'**aggregazione** e la **centralizzazione degli acquisti**.

In particolare, è attribuita **maggiore discrezionalità** e capacità di scelta alle stazioni appaltanti su molti diversi elementi, dal **tipo di procedura ai criteri di aggiudicazione**, dai **criteri di selezione** alla definizione del **rapporto concessorio**.

La discrezionalità viene spesso invocata come necessario antidoto alla rigidità delle regole, agli automatismi che non consentono di calibrare il bando e l'aggiudicazione sulle concrete esigenze dell'amministrazione, al formalismo imperante che spesso separa ineluttabilmente la decisione legittima dalla decisione buona ed efficiente.

Una volta che, come è accaduto con le direttive prima e con il loro recepimento poi, la discrezionalità viene in effetti riconosciuta ed ampliata, le critiche cambiano però registro e si lamenta la **frammentazione delle decisioni**, l'una diversa dall'altra, la possibilità di arbitrio, l'imposizione di requisiti che limitano la partecipazione, l'applicazione di criteri aperti ad interpretazione.

Senza discrezionalità il sistema è ingessato, con troppa discrezionalità il sistema può divenire arbitrario ed imprevedibile. Il problema centrale è invece l'esistenza e ancora di più la **costruzione della capacità amministrativa delle stazioni appaltanti**, che sorregga scelte discrezionali attendibili e tecnicamente fondate.

Evidenzio, inoltre, i **tre criteri direttivi**, contenuti nella L. n. 11 del 2016, ispirati all'esigenza di **semplificare e deflazionare il contenzioso**:

- la valorizzazione degli **arbitrati**, quali metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale;
- il potenziamento dei **poteri cautelari del giudice amministrativo** all'interno del rito abbreviato dedicato agli appalti;
- la separazione del **contenzioso relativo ai requisiti** che devono essere posseduti dall'impresa dalle controversie riguardanti l'aggiudicazione. Diviene obbligatoria, infatti, l'**impugnazione dei provvedimenti di esclusione** e di quelli di **ammissione** alla gara entro trenta giorni dalla loro adozione e i relativi vizi non potranno più farsi valere in sede di contestazione dell'aggiudicazione.

Il complesso di questi tre ambiti di intervento consente di sfruttare appieno le potenzialità del processo amministrativo e sensibilizza il giudice sulle ricadute delle sue decisioni nel sistema economico.

1.1. Il decreto legislativo n. 50 del 2016: nuovo codice dei contratti pubblici

Il decreto legislativo n. 50/2016 - nuovo "Codice dei contratti pubblici" - in vigore dal **19 aprile scorso**, è composto da **220 articoli** e numerosi allegati. Il legislatore delegato ha preferito, come detto, **un unico intervento per recepire ed attuare** le tre direttive del 2014 e, al contempo, **riordinare** la materia.

Malgrado il decreto contenga anche le norme di attuazione della Direttiva n. 23 sulle concessioni, il **numero degli articoli è sensibilmente inferiore** a quello del precedente Codice.

Il decreto ha carattere **coeso ed unitario**, si da meritare per questo carattere il nome di “Codice”; se così si intende un atto che consolida unitariamente le maggiori disposizioni e che porta una loro sistemazione complessiva secondo una ratio comune.

Il nuovo codice supera il vecchio decreto legislativo 163 del 2006 che costituiva un impianto normativo sottoposto a centinaia di correzioni nel corso degli anni, con una notevole semplificazione del quadro normativo.

2. La procedura attuativa del nuovo codice dei contratti pubblici

Una delle **principali innovazioni** è, come anticipato, l'**abrogazione del Regolamento n. 207 del 2010**, recante una molteplicità di norme di dettaglio, non sempre necessarie ed una complessità contenutistica che ne ha comportato l'adozione con enorme ritardo rispetto al decreto legislativo da attuare (solo nel 2010).

La **seconda principale innovazione** riguarda le norme di attuazione del decreto legislativo n. 50/2016, necessarie per la sua piena operatività stante il carattere tecnico di molte fattispecie. Si tratta di una **parte assai originale**.

Si tratta di un sistema nuovo di disciplina sublegislativa, segnalato dal Parlamento, dal Governo e da ANAC come un modo flessibile per regolamentare fenomeni complessi e in divenire. Il Consiglio di Stato ha individuato i seguenti atti attuativi: **14 decreti del MIT; 15 decreti di altri Ministeri; 15 atti ANAC** (per lo più denominati linee guida); **6 D.P.C.M.**⁴.

3. Linee guida: nuova fonte nell'ordinamento italiano

Complessa e controversa è la qualificazione giuridica delle “linee guida” previste dal Codice, per lo più per **atti di ANAC**⁵, ma anche per taluni **atti del MIT** (è il caso già citato previsto all'art. 1, comma 5, legge delega n. 11/2016)⁶.

Come già accennato, le linee guida **non** corrispondono a una **categoria definita di atti fonte**; anche se atti così denominati sono divenuti frequenti nell'ultimo periodo.

In particolare, il codice non prevede una particolare forma, né una precisa formulazione delle linee guida. In conseguenza, è stato ritenuto che siano soggette alle regole procedurali delle autorità amministrative indipendenti, tra cui la fase di consultazione preventiva, l'obbligo di verificare l'impatto della regolamentazione, un'adeguata pubblicità, la raccolta progressiva delle linee guida in testi di compilazione.

Pur nella estrema (e, forse, eccessiva) eterogeneità dei diversi modelli di linee guida, il Consiglio di Stato ne ha classificate tre tipologie:

⁴ Il Consiglio di Stato, nel parere 1° aprile 2016, n. 855 reso sul nuovo Codice dei contratti pubblici, ha individuato tali atti attuativi.

⁵ Secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 1, lett. t) della legge delega n. 11/2016: “attribuzione all'ANAC di più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonché di adozione di **atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante** e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa.

⁶ Secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 5, legge delega n. 11/2016: “Sulla base del decreto di riordino sono, altresì, emanate **linee guida di carattere generale proposte dall'ANAC e approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti**, che sono trasmesse prima dell'adozione alle competenti Commissioni parlamentari per il parere”

- a) quelle approvate con **decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti** qualificabili **regolamenti ministeriali** in ragione della loro pacifica natura normativa;
- b) quelle **vincolanti** adottate dall'ANAC ma non approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di problematica catalogazione;
- c) quelle **non vincolanti** (sempre adottate dall'ANAC) da valersi quali **atti amministrativi generali**, al pari di circolari contenenti istruzioni operative sull'applicazione della normativa di riferimento.

4. Linee guida vincolanti adottate dal MIT

Si tratta di **regolamenti ministeriali** soggetti alla disciplina dell'art. 17 della L. n. 400/1988, con la conseguenza che resistono all'abrogazione da parte di fonti sotto-ordinate e possono essere disapplicati dal giudice amministrativo.

Alcuni di questi regolamenti vengono adottati **su proposta o previo parere dell'ANAC**. Emerge, così, una commistione inedita fra la **potestà regolamentare ministeriale** e **l'attività di un'autorità indipendente**.

È ascrivibile a tale categoria il **decreto previsto dall'art. 111** del codice dei contratti pubblici relativo all'attività del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione dei contratti di servizi e forniture.

4.1. Decreto previsto dall'art. 111 del codice dei contratti pubblici relativo all'attività del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione dei contratti di servizi e forniture

Tale decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti approva le **linee guida** che individuano le modalità e la tipologia di atti attraverso i quali il **direttore dei lavori** svolge il controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione dell'intervento, affinché i lavori siano eseguiti a regola d'arte ed in conformità al progetto e al contratto.

Tale decreto è adottato su **proposta dell'ANAC**, quale Autorità preposta al settore dei contratti pubblici, previo parere delle competenti **commissioni parlamentari**, sentito il **Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici**. Rispetto alle regole codificate nell'art. 17, comma 3, della l. n. 400/1988 per i regolamenti ministeriali, la legge delega **"rafforza"** il procedimento, prescrivendo in aggiunta – nell'evidente considerazione dell'importanza e delicatezza della materia – **il parere delle competenti commissioni parlamentari**.

Lo schema di decreto si compone di **due** soli articoli, di cui il primo "approva" le linee guida che vengono riportate in due "allegati" al decreto, e uno dispone le abrogazioni. In tal modo, sul piano formale, si ha un **ibrido** in cui il decreto ministeriale, ancorché nella sua stringatezza, ha la forma esteriore tipica di un regolamento, diviso in articoli, mentre le linee guida allegate hanno una struttura discorsiva.

L'approvazione è l'atto con cui il Ministro delle infrastrutture fa propria la proposta, con un potere di decisione che può implicare anche la modifica della proposta medesima. L'**approvazione ministeriale** sostituisce, rispetto al modulo "classico", dell'art. 17, comma 2, l. n. 400/1988, la delibera del Consiglio dei Ministri.

Il **Consiglio di Stato** nel **parere** reso sullo schema di decreto richiamato ha precisato che si tratta di un **regolamento ministeriale**⁷.

La direzione dei lavori pubblici che le linee guida in esame si prefiggono di disciplinare costituisce un aspetto delicato e importante della materia dei contratti della pubblica amministrazione. La direzione dei lavori nei contratti pubblici si pone infatti al crocevia di molteplici obiettivi fissati a livello normativo primario con riguardo alla fase di esecuzione dei contratti: dall'**efficienza** e dall'**efficacia nell'impiego delle risorse finanziarie pubbliche**, alla qualità e **fruibilità collettiva delle opere**, ed inoltre al **contrasto ai fenomeni corruttivi e collusivi**.

Il decreto in esame definisce, pertanto, le funzioni ed i compiti del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione.

Nel merito, si evidenzia che nel codice previgente il "direttore dell'esecuzione del contratto" era **figura onnicomprensiva** che includeva il direttore dei lavori e il direttore dell'esecuzione di contratti di servizi e forniture (art. 119 d.lgs. n. 163/2006). Nel codice attuale il **direttore dell'esecuzione del contratto** è figura distinta dal **direttore dei lavori** (artt. 101 e 111) e si riferisce evidentemente ai contratti di servizi e forniture (art. 111, comma 2).

5. Linee guida vincolanti adottate dall'ANAC

Come chiarito dal Consiglio di Stato⁸, le **linee guida vincolanti adottate dall'ANAC** non hanno valenza normativa ma sono **atti amministrativi generali** appartenenti al *genus* degli **atti di regolazione** delle Autorità amministrative indipendenti, sia pure connotati in modo peculiare.

Gli atti di regolazione delle Autorità indipendenti si caratterizzano per il fatto che il **principio di legalità** assume una valenza diversa rispetto ai normali provvedimenti amministrativi. La legge, infatti, in ragione dell'elevato tecnicismo dell'ambito di intervento, si limita a definire lo **scopo** da perseguire lasciando un ampio **potere (implicito)** alle **Autorità** di sviluppare le modalità di esercizio del potere stesso.

L'esercizio del potere in esame non rientra nel modello di amministrazione pubblica contemplato dalla Costituzione e fondato sulla "**concezione governativa**", che attribuisce agli organi politici le funzioni di indirizzo politico-amministrativo e agli organi dirigenziali le funzioni gestionali di attuazione, bensì sul modello, non escluso dalla Costituzione, fondato sulle **Autorità indipendenti**, che agiscono con poteri neutrali di attuazione della legge e non anche degli atti generali di indirizzo politico.

L'esistenza di quello che è stato definito un "**gap democratico**" nell'adozione di tali atti, riscontrabile in tutti i provvedimenti adottati dalle Autorità indipendenti, impone, inoltre, sul piano procedimentale, forme di "**compensazione**" assicurate da una serie di strumenti di *better regulation*.

In primo luogo, è necessaria una sistematica "**consultazione**", che costituisce ormai una forma necessaria, strutturata e trasparente di partecipazione al decision making process dei soggetti interessati e che ha anche l'ulteriore funzione di fornire ulteriori elementi istruttori/motivazionali rilevanti per la definizione finale dell'intervento regolatorio.

In secondo luogo, sempre in coerenza con la natura e le finalità dei provvedimenti in esame, è necessaria una **attenta analisi di impatto della regolazione (AIR)**.

⁷ Cons. St., comm. spec., parere 3 novembre 2016, n. 2282 reso sullo schema di decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di approvazione delle linee guida sul Direttore dei lavori e sul Direttore dell'esecuzione (art. 111, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50).

⁸ Cons. St., comm. spec. parere 1° aprile 2016, n. 855 reso sul nuovo Codice dei contratti pubblici.

In terzo luogo, si pone in rilievo la necessità che alla fase di adozione delle linee guida segua poi una **attenta verifica ex post dell'impatto della regolazione** (VIR), ai fini di un eventuale adattamento del contenuto delle linee guida alle esigenze emerse nella fase di concreta ed effettiva applicazione.

La natura vincolante delle linee guida non lascia poteri valutativi nella fase di attuazione alle amministrazioni e agli **enti aggiudicatori**, che sono **obbligati a darvi concreta attuazione**.

Alla verifica della "legalità" si può affiancare quella sulla "**ragionevolezza**", da svolgere in attuazione dei principi generali che regolano l'azione amministrativa. Il giudizio di validità degli atti non può prescindere, infatti, da una **verifica in concreto della tenuta delle linee guida** nel momento della loro concreta attuazione da parte delle stazioni appaltanti.

Sono ascrivibili a tale categoria le **linee guida** relative a **i criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici**, ai sensi degli artt. 77 e 78.

5.1. Linee guida relative a "Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici"

Si tratta delle regole operative che devono essere seguite nella composizione delle commissioni giudicatrici e nella gestione da parte dell'ANAC dell'Albo dei componenti la commissione.

Il codice ha optato per un sistema di preferenza per i **commissari esterni** rispetto a quelli interni alla stazione appaltante, al fine di garantire una maggiore attuazione dei principi di imparzialità e trasparenza.

In merito alla natura giuridica di tali regole, il Consiglio di Stato ha rilevato che esse, integrando il precetto primario, hanno natura di **linee guida vincolanti**⁹. Ne consegue che si è in presenza di atti amministrativi generali appartenenti al *genus* degli **atti di regolazione** delle Autorità amministrative indipendenti, sia pure connotati in modo peculiare.

Sulla portata dell'obbligo di iscrizione nell'Albo, il Consiglio di Stato ha condiviso l'impostazione delle linee guida che, a fronte di un dato normativo non del tutto chiaro, hanno imposto l'**obbligo di iscrizione nel predetto Albo** non soltanto per i **commissari esterni** ma anche per **quelli interni** alla stazione appaltante.

Con riguardo alla composizione dell'Albo, la previsione normativa, ripresa dalle linee guida, che consente la nomina di **commissari interni** in presenza di appalti di «particolare complessità» deve essere interpretata **in modo rigoroso**, per evitare una possibile elusione dei principi di garanzia sottesi alla preferenza legislativa per i commissari esterni. Il Consiglio di Stato ha, pertanto, richiesto all'ANAC di compiere una **elencazione puntuale** delle fattispecie che potrebbero rientrare nell'ambito della suddetta eccezione.

La nomina di "tutti" commissari, compresi quelli "interni", deve avvenire **dopo** la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte.

Il Consiglio di Stato ha rilevato che l'ANAC deve procedere a **verificare i requisiti** di iscrizione nel momento in cui il soggetto viene indicato nella lista di candidati fornita alla stazione appaltante.

⁹ Cons. St., comm. spec., parere 14 settembre 2016, n. 1919 reso sulle Linee guida relative a "Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici".

6. Linee guida non vincolanti adottate dall'ANAC

Le **linee guida non vincolanti** sono anch'esse **atti amministrativi generali**, con consequenziale applicazione dello statuto del provvedimento amministrativo. Esse perseguono lo scopo di fornire **indirizzi e istruzioni operative** alle stazioni appaltanti.

Nel gergo istituzionale che ha accompagnato l'approvazione del codice, si parla di **soft law** e di **fonti deboli**; espressioni derivate dal diritto inglese, la prima; dal diritto francese, la seconda.

Il **principio di legalità** si atteggia, in questo caso, in modo ancora differente, in quanto il codice si è limitato ad autorizzare, con previsione generale, l'esercizio di tale potere dell'Autorità, al fine di garantire "la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche" (art. 213).

La diversità ontologica rispetto alle linee guida vincolanti segna anche la diversità di disciplina.

Per quanto la natura flessibile della regolazione avrebbe potuto giustificare un'adozione unilaterale, il **confronto dialettico con alcuni dei possibili destinatari** degli atti di indirizzo deve essere considerato con favore, migliorando la qualità della regolazione stessa e l'efficienza ed efficacia dello stesso svolgimento dei compiti demandati all'ANAC.

In relazione al comportamento da osservare da parte delle stazioni appaltanti, il Consiglio di Stato rileva che, se esse intendono discostarsi da quanto disposto dall'Autorità, devono adottare un **atto che contenga una adeguata e puntuale motivazione**, anche a fini di trasparenza, che indichi le ragioni della diversa scelta amministrativa.

Al di fuori di questa ipotesi, la violazione delle linee guida può essere considerata come **elemento sintomatico dell'eccesso di potere**, sulla falsariga dell'elaborazione giurisprudenziale che si è avuta con riguardo alla violazione delle circolari.

Il controllo di legalità verrà svolto, mancando un puntale parametro legislativo di riferimento, alla luce delle **norme generali di disciplina dell'attività amministrativa**. Maggiore spazio avrà il controllo di **ragionevolezza** e anche la valutazione in ordine all'opportunità di talune scelte di regolazione, ovvero di estendere l'ambito delle direttive per offrire agli operatori del settore un quadro completo di indirizzi in grado di evitare distorsioni della concorrenza.

6.1. Le linee guida sull'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV)

Le linee guida sull'offerta economicamente più vantaggiosa (di seguito OEPV) sono emanate ai sensi dell'art.213, comma 2¹⁰, e, cioè, nell'ambito di una competenza generale dell'ANAC e vanno qualificate come **linee guida non vincolanti**¹¹.

¹⁰ Ai sensi dell'art.213, comma 2, del codice, l'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche. Trasmette alle Camere, immediatamente dopo la loro adozione, gli atti di regolazione e gli altri atti di cui al precedente periodo ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto, per numero di operatori potenzialmente coinvolti, riconducibilità a fattispecie criminose, situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti. Resta ferma l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa. L'ANAC, per l'emanazione delle linee guida, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della

Si tratta, a ben vedere, di **istruzioni operative indirizzate alle stazioni** appaltanti e finalizzate, perlopiù, ad offrire alle amministrazioni aggiudicatrici **formule e metodi**, di natura tecnico-matematica, sulla valutazione delle offerte e sull'assegnazione alle stesse di un punteggio numerico.

L'ANAC ha preferito, al riguardo, un'**impostazione minimale**, astenendosi dall'indirizzare alle stazioni appaltanti raccomandazioni operative puntuali e limitandosi a chiarire alcuni aspetti applicativi

Occorre, al riguardo, osservare che le linee guida in esame assumono una valenza del tutto pregnante e strategica nella fase dell'*enforcement* della riforma degli appalti, attenendo ad uno dei suoi aspetti qualificanti: la **valorizzazione del metodo di aggiudicazione dell'OEPV** (come modalità ordinaria e generale di aggiudicazione degli appalti), cui corrisponde un dichiarato *sfavor* per quello del prezzo più basso.

7. Decreti ministeriali previsti dal “codice dei contratti pubblici”

Come chiarito dal Consiglio di Stato, i **decreti ministeriali** previsti dal codice devono qualificarsi quali **atti sostanzialmente normativi**, dotati dei caratteri della generalità, astrattezza e innovatività, soggetti allo statuto proprio dei regolamenti ministeriali¹².

Le amministrazioni e gli enti aggiudicatori sono obbligati a osservare il precetto normativo, senza che alle stesse sia attribuito il potere di disattenderne il contenuto. La violazione dei decreti comporta l'**illegittimità del provvedimento** attuativo.

I decreti, essendo privi di immediata lesività per la loro natura sostanzialmente normativa, potranno essere impugnati, normalmente, unitamente al provvedimento della stazione appaltante che ad essi dà attuazione.

A questi caratteri dei decreti ministeriali come specie del genere regolamenti ministeriali non si attagliano, tuttavia, altre previsioni del codice per i decreti ministeriali ivi considerati, quali in particolare la **potestà di iniziativa** riservata in molti casi (come previsto all'art. 1, comma 5, legge delega) all'ANAC, autorità di regolazione con natura giuridica assai diversa dai ministeri statali.

Tra i provvedimenti di **competenza del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti** si segnalano, in particolare, **2 provvedimenti** sui quali è stato formulato il parere, con talune osservazioni, del Consiglio di Stato.

Si tratta, in particolare, dei seguenti decreti: **decreto previsto dall'art. 24** del codice relativo ai requisiti delle forme organizzative dei progettisti e **decreto previsto dall'art. 89** del codice relativo all'individuazione delle opere super specialistiche

regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016 e dal presente codice.

¹¹ Cons. St., comm. spec., parere 2 agosto 2016, n. 1767 reso sulle linee guida del codice dei contratti pubblici concernenti il Rup, l'offerta economicamente più vantaggiosa e i servizi di architettura ed ingegneria.

¹² L'art. 117, sesto comma, Cost., ammette l'adozione di regolamenti statali soltanto in materie di competenza legislativa esclusiva statale. Nelle materie di potestà legislativa concorrente o residuale regionale, la normativa di attuazione spetta alle Regioni. Nella fase di adozione di tale tipologia di atti attuativi è necessario qualificare il precetto primario per evitare non consentite incidenze in ambiti materiali di competenza regionale.

Gli atti in esame devono osservare le regole sostanziali poste dal d.lgs. n. 50 del 2016 e le regole procedurali prefigurate dall'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con obbligo, tra l'altro, di: comunicazione al Presidente del Consiglio dei ministri prima della loro emanazione; adozione previo parere del Consiglio di Stato; visto e registrazione della Corte dei conti; pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

7.1. Decreto previsto dall'art. 24 del codice relativo ai requisiti delle forme organizzative dei progettisti¹³

Tale decreto definisce i requisiti che devono possedere gli operatori economici per l'affidamento dei servizi relativi all'architettura ed all'ingegneria, tenendo conto delle specificità delle singole categorie professionali, ivi comprese quelle non in possesso di laurea come i geometri, che comunque partecipano all'attività di progettazione.

Il provvedimento contiene anche norme volte a favorire la presenza di giovani professionisti nella succitata attività, garantendo anche per i medesimi la necessaria competenza, esperienza e professionalità.

A tale riguardo, si evidenzia, in particolare, che le linee guida ANAC n. 1/2016 precisano che, nelle procedure di affidamento degli incarichi di progettazione, deve essere previsto un incremento convenzionale premiante del punteggio attribuito, basato sulla presenza di uno o più giovani professionisti - vale a dire un professionista abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione secondo le norme dello Stato membro dell'Unione Europea di residenza - nei gruppi concorrenti.

Inoltre, le linee guida ANAC n. 2/2016 raccomandano, al fine di agevolare la partecipazione dei giovani professionisti, di prevedere criteri di valutazione che valorizzino gli elementi di innovatività delle offerte presentate.

Quanto all'iter seguito nella predisposizione dello schema di decreto in esame, il Ministero ha proceduto ad una serie di consultazioni che hanno coinvolto il Consiglio nazionale geometri e geometri laureati e l'associazione delle organizzazioni di ingegneria e consulenza tecnico economica (OICE), che hanno formulato le proprie osservazioni.

È stato, inoltre, acquisito - in ossequio al disposto dell'art. 24, comma 2 del codice - il preventivo parere dell'ANAC, che tramite l'organo deliberante si è "espressa favorevolmente" sul decreto in esame proponendo, altresì, un'integrazione al testo regolamentare concernente la necessità di prevedere un riferimento ai requisiti che i professionisti di altri Stati membri devono avere per partecipare alle procedure di gara per l'affidamento d'incarichi tecnici.

Il Ministero ha svolto - tramite l'interlocuzione posta in essere non solo con l'ANAC ma anche con i principali stakeholder - un'attività istruttoria che ha consentito di disporre di adeguati elementi conoscitivi per intervenire nella materia *de qua*.

Come ha evidenziato il Consiglio di Stato nel parere reso, il presente decreto deve considerarsi un "regolamento ministeriale"¹⁴.

¹³ L'art. 24 del codice dei contratti pubblici prevede:

- al comma 2: "Con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, sentita l'ANAC, sono definiti i requisiti che devono possedere i soggetti di cui all'articolo 46, comma 1. Fino alla data di entrata in vigore di detto decreto, si applica l'articolo 216, comma 5".

- al comma 5: Indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto affidatario l'incarico è espletato da professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, personalmente responsabili e nominativamente indicati già in sede di presentazione dell'offerta, con la specificazione delle rispettive qualificazioni professionali. E', inoltre, indicata, sempre nell'offerta, la persona fisica incaricata dell'integrazione tra le varie prestazioni specialistiche. Il decreto di cui al comma 2 individua anche i criteri per garantire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e di idee, di cui le stazioni appaltanti tengono conto ai fini dell'aggiudicazione. All'atto dell'affidamento dell'incarico, i soggetti incaricati devono dimostrare di non trovarsi nelle condizioni di cui all'articolo 80 nonché il possesso dei requisiti e delle capacità di cui all'articolo 83, comma 1".

7.2. Decreto previsto dall'art. 89 del codice relativo all'individuazione delle opere super specialistiche¹⁵

Tate decreto, predisposto sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, definisce l'elenco delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione.

Il presente decreto individua, in particolare, le opere per le quali non è ammesso l'avvalimento, qualora il valore delle opere superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori e per le quali l'eventuale subappalto non può superare il trenta per cento dell'importo delle opere e, non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso.

Su tale decreto è stato acquisito il parere del Consiglio di Stato¹⁶.

8. Conclusioni

Per concludere, i principi che hanno ispirato il legislatore nella stesura del d.lgs. 50 del 2016 nonché la procedura attuativa da esso prevista contribuiscono a delineare un codice nuovo dei contratti pubblici, in grado di favorire la crescita economica e sociale del Paese nel rispetto dei diritti di libertà dei cittadini.

Sul versante applicativo, sembra evidente che il legislatore delegante, una volta fissati i canoni di semplificazione dell'ordinamento giuridico settoriale e dei procedimenti di gara, di riduzione dello stock delle regole, di accelerazione delle procedure, di rafforzamento della vigilanza dinamica, abbia anche voluto prevedere uno strumento attuativo (del codice) che coniugasse la natura regolamentare (stante la generalità e astrattezza delle regole) con la flessibilità dello strumento (in modo da addivenirsi sia ad una rapida adozione, sia da poterlo rapidamente modificare ove ciò si renda in futuro necessario).

Il legislatore delegante ha inteso, pertanto, flessibilizzare il procedimento di formazione degli atti attuativi prevedendo una commistione inedita fra la potestà regolamentare ministeriale e l'attività di un'autorità indipendente (ANAC) con funzioni di vigilanza e regolazione.

Accanto al modello di amministrazione pubblica contemplato dalla Costituzione e fondato sulla "concezione governativa", che attribuisce agli organi politici le funzioni di indirizzo politico-

¹⁴ Cons. St., comm. spec., parere 3 novembre 2016, n. 2285 reso sullo schema di decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti recante "definizione dei requisiti che devono possedere gli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e individuazione dei criteri per garantire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e di idee, ai sensi dell'art. 24, commi 2 e 5 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50"

¹⁵ L'art. 89, comma 11, del codice dei contratti pubblici prevede: "Non è ammesso l'avvalimento qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali. E' considerato rilevante, ai fini della sussistenza dei presupposti di cui al primo periodo, che il valore dell'opera superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori. Con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, è definito l'elenco delle opere di cui al presente comma, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, che possono essere periodicamente revisionati. Fino alla data di entrata in vigore di detto decreto, si applica l'articolo 216, comma 15".

¹⁶ Cons. St., sez. cons. atti norm., parere 21 ottobre 2016, n. 2189 reso sullo schema di decreto del Ministero delle infrastrutture recante l'individuazione "delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e dei requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, ai sensi dell'articolo 89, comma 11, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50".

amministrativo e agli organi dirigenziali le funzioni gestionali di attuazione, trova applicazione il modello, non escluso dall'ordinamento, fondato sulle Autorità indipendenti, che agiscono con poteri neutrali di attuazione della legge e non anche degli atti generali di indirizzo politico.

In alcuni casi, il codice, in ragione dell'elevato tecnicismo dell'ambito di intervento, si è limitato a definire lo scopo da perseguire lasciando un ampio potere (implicito) all'Autorità (ANAC) di sviluppare le modalità di esercizio del potere stesso attraverso l'adozione di linee guida vincolanti.

In altri casi, il codice si è limitato ad autorizzare, con previsione generale, l'esercizio del potere amministrativo dell'Autorità (ANAC), al fine di garantire "la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche" (art. 213) attraverso l'adozione di atti di soft law (linee guida non vincolanti).